



COMMISSION DE DROIT PUBLIC
DU BARREAU DE BRUXELLES

9ÈME ANNÉE, N° 19
JANVIER 2016

Responsable de la rédaction :

Me Jean-Paul Lagasse
(jp.lagasse@jplagasse.be)

Editeur responsable :

Me Bernard Renson
Rue Père Eudore Devroye, 47
1040 Bruxelles

Messagerie : renson@renson-lex.be

PUBLICUM

Lettre d'information de la commission de droit public du barreau de Bruxelles

LES MARCHES PUBLICS DE SERVICES JURIDIQUES

AUJOURD'HUI ET DEMAIN

A l'occasion de son assemblée générale qui s'est tenue à la Maison de l'Avocat à Bruxelles le 12 juin dernier, la Commission de droit public a consacré ses travaux à l'examen des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives à la passation des marchés publics et de leur future transposition en droit belge en axant sa réflexion sur l'incidence de celles-ci sur les services juridiques.

Comme annoncé dans le dernier numéro de "Publicum", le lecteur trouvera ci-après les contributions des orateurs de cette après-midi dans l'ordre de leur présentation à la nombreuse assistance présente :

- "Les marchés publics de services juridiques : perspectives résultant des nouvelles directives européennes" par Eric GILLET ;
- "Quelques réflexions sur les marchés de services juridiques" par Jean BOURTEMBOURG ;
- "Pour un régime *ad hoc* de mise en concurrence minimale organisant la désignation par les pouvoirs publics de leurs avocats" par Michel KAISER ;
- "Faut-il jeter le bébé avec l'eau du bain ?" par Benoît CAMBIER.

Les textes publiés ci-dessous expriment les opinions personnelles de leurs auteurs et, selon la formule consacrée, n'engagent dès lors qu'eux-mêmes.

La rédaction de "Publicum" souhaite une bonne lecture à ses lecteurs et répercutera dans son prochain numéro les réactions que ceux-ci pourraient lui manifester à l'adresse "publicum@hotmail.fr".

*

* *

LES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES JURIDIQUES - PERSPECTIVES RÉSULTANT DES NOUVELLES DIRECTIVES EUROPÉENNES (par Eric GILLET)



Trois nouvelles directives adoptées et publiées en 2014 font évoluer le cadre normatif des marchés publics. La troisième directive, celle relative à l'attribution des marchés de concession, fait entrer les concessions de services dans le l'encadrement des marchés publics. On se rappelle que ces concessions n'étaient jusqu'à présent régies que par les principes généraux du Traité européen. Il s'agit de :

- la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JOUE 28.3.2014) ;
- la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JOUE 28.3.2014) ;
- la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JOUE 28.3.2014).

Chacune des directives précitées régit bien entendu l'attribution et l'exécution des marchés de services juridiques. Le régime applicable à ces services évolue toutefois de manière substantielle. Cette évolution tend certainement à rencontrer les difficultés, parfois génératrices d'un véritable malaise, expérimentées par les pouvoirs et entités adjudicateurs dans l'attribution et l'exécution de marchés caractérisés la plupart du temps par le besoin d'une relation de confiance entre l'avocat/juriste et le client de même que par la tendance à vouloir privilégier des partenariats de longue durée dans certains cas. Comme on le verra, le motif expressément invoqué dans les considérants des directives a cependant trait à la dimension transnationale limitée des marchés de services juridiques, c'est-à-dire, en filigrane, au peu d'enjeu en termes de circulation des services au sein de l'Union européenne.

On passe rapidement en revue les nouveautés introduites par le nouveau régime, quasiment identique dans les trois directives.

1. La directive 2014/24/UE (régime dit ordinaire des marchés publics)

Le principe demeure que les services juridiques restent soumis au régime des marchés publics. Les considérants de la directive s'étendent peu sur la question mais donnent tout de même une certaine indication des motifs qui ont inspiré leur auteur.

Ainsi le considérant n° 114 évoque le fait que certaines catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée, tandis que le considérant n° 116 affirme que « *de même, certains services juridiques concernent exclusivement des questions de droit purement national ; par conséquent, ils ne sont généralement offerts que par des opérateurs situés dans l'État membre concerné et dès lors ils n'ont, en outre, qu'une dimension transnationale limitée. Ils ne devraient dès lors être couverts que par le régime assoupli, à partir d'un seuil de 750 000 EUR. Les marchés importants de services juridiques dont le montant dépasse ce seuil peuvent susciter l'intérêt de différents opérateurs économiques tels que les cabinets d'avocats internationaux, également sur une base transnationale, notamment lorsqu'ils font intervenir des questions juridiques ayant pour origine ou pour toile de fond le droit de l'Union ou un autre droit international ou impliquant plus d'un pays* ».

C'est ainsi que l'on trouve des dispositions de base et un « régime assoupli ». Le régime assoupli est celui auquel sont soumis, entre autres, les services juridiques, au titre de « *systèmes spéciaux de passation de marchés* » (Titre III de la directive). Il résulte de la combinaison des articles 4 et 74 de la directive. En vertu de l'article 74, « Les

marchés publics pour les services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV sont attribués conformément au présent chapitre **lorsque la valeur des marchés est égale ou supérieure au seuil indiqué à l'article 4, point d)**). L'article 4, d) définit le seuil en question :

« la présente directive s'applique aux marchés dont la valeur HTVA est égale ou supérieure aux seuils suivants :

d) 750.000 EUR pour les marchés de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV »).

L'annexe XIV, quant à elle, vise, à la suite de services comme les services sanitaires, sociaux et connexes, les services administratifs, sociaux, éducatifs, les services de sécurité sociale obligatoire, les autres services administratifs et publics, etc., les services juridiques dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu de l'article 10, point d).

La section 3 de la directive vise les exclusions, c'est-à-dire les exclusions non plus par le seuil mais par l'objet du marché, et donc quel que soit leur montant. Son article 10 est formulé comme il suit :

« Article 10 : exclusions spécifiques pour les marchés de services

d) L'un des services juridiques suivants :

i) la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil (directive du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats) dans le cadre suivant :

- un arbitrage ou une conciliation se déroulant dans un État membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou

- une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales;

ii) du conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au présent point, sous i), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE;

iii) des services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires;

iv) des services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'État membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions;

v) d'autres services juridiques qui, dans l'État membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique;

Ainsi faut-il tout d'abord vérifier si un marché de services juridiques n'est pas exclu du champ d'application de la directive par son objet. S'il ne l'est pas, on vérifie si la valeur du marché le soumet à l'application des dispositions de la directive.

Lorsque la directive est applicable car le service demandé n'est pas exclu et est supérieur au seuil de 750.000 euros, les articles 75 et suivants de la directive sont alors

applicables. L'article 75 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs doivent annoncer leur intention de passer un marché soit par un avis de marché soit par un avis de pré-information. L'article 76 énonce les « principes d'attribution » des marchés concernés. Ces principes sont les suivants :

« 1. Les États membres mettent en place, pour la passation de marchés relevant du présent chapitre, des règles nationales **afin de garantir** que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques. **Les États membres sont libres** de déterminer les règles de procédure applicables, **tant que** celles-ci permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question.

2. Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation. Les États membres peuvent également prévoir que le choix du prestataire de services est opéré sur la base de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, en tenant compte de critères de qualité et de durabilité en ce qui concerne les services à caractère social. »

2. Les directives 2014/25/UE relative aux secteurs spéciaux et 2014/23/UE relative aux concessions

Les deux autres directives adoptées et publiées le même jour que la directive qui organise le régime dit ordinaire des marchés publics régissent les marchés publics de services juridiques selon le même modèle.

L'article 15 de la directive 2014/25/UE prévoit toutefois que le seuil d'application du régime assoupli est de 1 million d'euros pour les services sociaux et autres marchés spécifiques, dont les services juridiques. C'est l'annexe XVII qui vise les marchés soumis à un système spécial de passation, dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu de l'article 21, c), cette dernière disposition étant identique à l'article 10, d) de la première directive.

La directive 2014/23/UE relative aux concessions est plus simple encore. Il n'y a pas de régime assoupli car le régime général applicable aux concessions est en soi déjà un régime assoupli, et qu'il n'y a qu'un seuil, beaucoup plus élevé que pour les autres régimes, puisqu'il est de 5.186.000 euros (article 8). L'article 10, point 8, d), prévoit quant à lui les exclusions dans les mêmes termes que les deux autres directives.

3. Le délai de transposition des directives

Le délai de transposition des trois directives est le 18 avril 2016.

Il va de soi que les autorités nationales disposent d'une certaine marge dans leur travail de transposition. Que fera la Belgique ? S'alignera-t-elle sur le régime européen, ou sera-t-elle plus restrictive, en soumettant l'attribution des marchés publics de services juridiques en dessous des seuils européens à des règles contraignantes semblables au régime actuellement en vigueur ? Où placera-t-elle le curseur sur l'échelle des assouplissements possibles ? Peut-être son attitude dépendra-t-elle du degré de confiance qu'elle a dans la maturité des pouvoirs adjudicateurs belges.

Ceux-ci auront-ils appris au cours des dix dernières années à opérer les discernements nécessaires entre relation de confiance et clientélisme ? Peut-on imaginer que, affranchis des règles tatillonnes souvent ressenties à juste titre comme contreproductives, ils sauront garder ce qu'il faut de transparence et d'ouverture pour acquérir leurs services juridiques au meilleur prix combiné avec la meilleure qualité en fonction de la nature de chaque mission à attribuer ? Les affaires qui ont défrayé la chronique ces derniers mois pourraient ne pas inciter à l'optimisme. A moins que l'on se dise qu'il s'agit des arbres qui ne doivent pas cacher la forêt des situations où le choix des consultants juridiques se passe bien ? Le défi est en tout cas bien planté.

*
* *

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES MARCHÉS DE SERVICES JURIDIQUES (par Jean BOURTEMBOURG)

1. Pourquoi l'irruption du droit de la concurrence ? Est-on passé des ténèbres à la lumière ?

La concurrence existait, évidemment, avant la mise en concurrence formelle.

Dans la grande majorité des cas, sauf lorsqu'il s'agissait de clientélisme, il faut constater que les pouvoirs publics étaient attachés à pouvoir disposer d'un conseil juridique de qualité, de la même manière ils étaient évidemment enclins à gagner leurs procès plutôt qu'à les perdre.

Le défaut d'application de la législation relative aux marchés publics n'a jamais empêché, pour le surplus, l'émergence de nouveaux acteurs de talent travaillant pour les pouvoirs publics.

Après la « découverte » de l'applicabilité des dispositions relatives aux marchés publics aux services d'avocats, les pratiques déviantes n'ont pas cessé. Lorsque le clientélisme régnait, il a continué à régner ; lorsque les appuis politiques existaient, ils ont continué à être sollicités ; lorsque pour tel motif inavouable tel pouvoir public souhaitait confier tel dossier à tel avocat, il a continué à le faire ...

2. Des nouvelles pratiques sous l'empire du droit de la concurrence ?

On a constaté de nouvelles pratiques qui visaient à permettre aux pouvoirs publics de choisir l'avocat qu'ils souhaitaient consulter.

Des critères d'attribution surprenants ont été mis en œuvre : l'heureux candidat porteur du titre de docteur se voyait attribuer des points complémentaires ; des points complémentaires étaient accordés à l'heureux candidat dont le cabinet était le plus proche du siège du pouvoir adjudicateur ...

On a vu des avocats qui rédigeaient eux-mêmes le cahier des charges préalable à l'attribution et poursuivaient le service en rédigeant la décision motivée d'attribution à eux-mêmes.

On a vu des pouvoirs publics prévenir des avocats qu'ils n'étaient consultés qu'afin que trois consultations soient faites, les dispensant ainsi de consacrer trop de temps à la rédaction d'une offre inutile.

On a vu des avocats prévenus de ce qu'ils devaient remettre une offre puisqu'on souhaitait leur attribuer le marché.



Des comportements nouveaux ont également été suscités.

Tenant compte de l'importance donnée au critère du taux horaire, des prix réellement dérisoires ont été proposés.

Pour certains cahiers des charges, n'importe quel avocat serait capable de traiter n'importe quel dossier.

Le critère du coût horaire qui s'est généralisé a été source de déviance : une exagération du nombre d'heures consacrées au dossier venait compenser un taux horaire dérisoire.

Des dossiers étaient traités avec un véritable acharnement puisque tant qu'ils duraient, en quelque sorte le compteur continuait à tourner.

Des exemples peuvent être donnés de procès qui se prolongeaient, certains étant, par exemple peu enclins à conseiller le retrait d'un acte illégal qui était critiqué, ce retrait ayant pour conséquence de mettre fin aux heures consacrées à ce dossier.

On a même vu, devant le Conseil d'Etat, un avocat plaider, au nom d'un pouvoir adjudicateur, la légalité de sa propre désignation !

Prétendre qu'en la matière, le monde serait devenu meilleur, c'est sans doute faire preuve d'angélisme.

3. Qu'en est-il des arguments invoqués en faveur de la soumission des marchés d'avocats au droit commun de la commande publique ?

Un premier argument est invoqué, c'est celui de la gestion parcimonieuse des finances publiques.

Une consultation, certes non exhaustive, des budgets consacrés par les pouvoirs publics, ces dernières années, aux marchés publics d'avocats fait apparaître qu'il n'y a pas eu de diminution globale des moyens publics qui y étaient affectés.

Il s'agit, d'autre part, de justifier le principe de l'applicabilité de la législation relative aux marchés publics aux marchés d'avocats, par des considérations d'ordre financières, on rappellera que les entreprises privées, appelées à consulter, sont évidemment également attentives à ne pas dilapider leurs finances. Il n'est point besoin, pour cela qu'elles appliquent des procédures semblables à celles des marchés publics.

Certains soutiennent les principes d'impartialité et d'objectivité de la décision publique liés au respect des procédures de marché public.

Cet argument n'est pas à rejeter mais elle supposerait que le choix soit effectué sur base de critères pertinents et c'est sans doute sur cette question que le bât blesse.

D'autres insistent sur la circonstance que de tels marchés permettent une concurrence objective et plus loyale entre les avocats.

Ne peut-on répondre que toujours, quelles que soient les modalités de choix, de nouveaux avocats sont sortis du lot, que le marché n'a en réalité jamais été fermé.

On a entendu, encore, que les marchés publics inciteraient les avocats à se spécialiser et à rechercher l'excellence.

L'argument n'est pertinent qu'à la condition que les critères de choix permettent de distinguer le spécialiste et l'excellent or, c'est loin d'être le cas !

4. Premières conclusions

Au terme d'un premier bilan, provisoire, de l'application de la législation relative aux marchés publics aux marchés d'avocats, ne faut-il pas reconnaître que la mise en concurrence des avocats entre eux épouse un formalisme difficile à concilier avec l'intuitu personae qui caractérise la relation client-avocat, même en dehors du contentieux.

Sans doute la mise en concurrence s'est-elle parfois traduite par une objectivation de la relation entre le client et l'avocat.

Cette évolution affecte certainement la profession d'avocat elle-même en amoindrissant le caractère personnel de la relation que tant des décideurs publics des services juridiques regrettent parfois.

Il n'en reste pas moins qu'il est patent que la relation entre l'avocat et le client ne saurait se désincarner totalement.

Plus la méfiance s'insinue partout, plus la relation client-avocat nécessite une confiance qui ne saurait résulter du seul taux horaire auquel on ajoute une note méthodologique énonçant la manière avec laquelle on travaillerait dans un monde idéal.

Cette même confiance ne saurait résulter des seules publications et références.

La réalité des modes de choix de leur avocat par les clients atteste du besoin de confiance.

C'est dans des formations, des colloques, des études, des échanges que se nouent les relations de confiance. La confiance et la connaissance mutuelles constituent la part irréductible de subjectivité dans la relation avocat-client. Elles restent un gage d'efficacité et de rationalité dans l'action administrative.

5. Et demain ?

En supposant que demain les marchés de services juridiques ne soient plus soumis aux règles de la commande publique demain, on admettra tous que leur attribution doit éviter l'arbitraire.

Comment faire ?

Deux pistes de réflexion peuvent être proposées.

Il y a, d'abord, la question du coût.

Le critère du taux horaire est-il pertinent dans tous les dossiers, notamment lorsque les conseils sont de nature à permettre de mettre fin, très vite, à une contestation.

Il y a, également, que certains tarifs pratiqués sont indécents.

Beaucoup s'indignent de prix très (trop ?) bas. N'a-t-on, paradoxalement, toujours enseigné qu'un avocat peut travailler sans se faire payer par un client ? Ne le faisons-nous pas tous ? S'agit-il d'interdire certains de « pénétrer » un marché en faisant un effort considérable s'agissant des prix pratiqués ?

En réalité, si des prix indécents sont parfois constatés c'est peut-être à cause de la hauteur de certains d'entre eux.

La révélation, dans le grand public, des tarifs horaires pratiqués dans certains marchés a fait beaucoup plus de mal à l'image de la profession que quelques taux bradés.

Il faut, surtout, réfléchir à des critères de choix cohérents. La tâche n'est pas aisée et l'on voit que les barreaux mêmes ne sont pas parvenus à faire à ce propos des propositions cohérentes.

N'est-ce pas le moment de réfléchir à nouveau aux garanties de qualité que le barreau peut offrir aux clients fussent-ils publics.

A cet égard, une réforme de la procédure permettant d'accorder le titre de spécialiste paraît s'imposer.

Il faut éviter de galvauder la valeur du titre de spécialiste lorsqu'il peut être accordé à ceux qui, de l'avis général, ne le sont pas, selon des modalités, principes et procédures que chaque barreau met en œuvre.

S'il est évident qu'un critère de la qualification des candidats n'est envisageable que lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, il reste qu'un certificat de spécialisation, délivré au terme d'une procédure rigoureuse, constituerait un élément permettant de justifier les capacités professionnelles d'un candidat.

*
* *

POUR UN RÉGIME AD HOC DE MISE EN CONCURRENCE MINIMALE ORGANISANT LA DÉSIGNATION PAR LES POUVOIRS PUBLICS DE LEURS AVOCATS (par Michel KAISER)

1. Dans quelques mois, si l'on tient compte du délai de transposition des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE de 26 février 2014 (1), ou dans quelques années, si l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi sur les marchés publics est intégralement gelée dans l'attente de l'adoption de ses arrêtés royaux d'exécution (2), il est assez vraisemblable que l'application du droit des marchés publics à la désignation de leurs avocats par les autorités qui entrent dans le champ d'application de cette réglementation pourra être rangée dans l'armoire aux souvenirs. Cette délicate contrainte qu'est l'application du droit des marchés publics aux prestations de services juridiques, en ce compris ceux concernant la représentation en justice, est officiellement en cours depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (3). Le droit des marchés publics a souvent été présenté, à juste titre, comme une cote mal taillée pour fonder la relation entre un pouvoir public et son avocat. Cette contrainte est donc déjà levée, au regard des obligations européennes de la Belgique, à tout le moins pour la grande majorité des prestations de services d'avocats (4). Les échos officiels émanant de cercles bien informés laissent entendre que le législateur belge pourrait purement et simplement suivre l'ouverture que lui confère le droit de l'Union.

De manière schématique, les directives précitées excluent l'application de la réglementation sur les marchés publics pour l'essentiel des services d'avocats (5). Elles mettent en place un régime assoupli pour la plupart des autres services juridiques (6). Sans entrer dans le détail absolu de ces dispositions et des réalités qu'elles sont susceptibles d'embrasser, il est évident que, si le législateur belge transpose telles quelles ces directives sur ce point, les hypothèses de coopération entre une autorité administrative et un cabinet d'avocats encore soumises au respect de la réglementation sur les marchés publics s'avéreront rarissimes.

2. Si le législateur saisit la perche que lui tend le droit européen, trois scénarii sont alors imaginables en pratique.

Le premier consisterait en une application pure et simple du nouveau régime de libéralisation, les autorités administratives regagnant, comme avant le 1^{er} janvier 1997, la liberté absolue de désigner leurs conseils juridiques, sur la seule base du critère de la confiance.

Il est assez vraisemblable que ce premier scénario cèdera le pas à un deuxième. Même cadre légal, même liberté de principe, même droit, pour les autorités administratives, de se dispenser de toute contrainte pour choisir leurs avocats... mais avec une pratique concrète plus nuancée. Si l'obligation pour les pouvoirs publics de respecter la réglementation sur les marchés publics a mis du temps à se mettre en place et



qu'elle reste, nonobstant les contraintes légales, inégale, la pratique s'est tout de même largement instaurée de recourir, selon diverses formes et sur des enjeux réduits ou plus larges, à des règles, souvent minimales (7), de mise en concurrence pour la désignation des avocats. On peut donc penser que, libérés des contraintes légales, une partie des pouvoirs publics conserveront des réflexes issus d'une pratique majoritairement fixée dans le sens d'une mise en concurrence préalable minimale. En ce sens, la liberté législative et réglementaire nouvelle conduirait les pouvoirs publics, lors de la désignation de leurs avocats, à conserver les éléments les plus vertueux de l'ancienne application du droit des marchés publics, tout en tenant compte des contraintes propres, qui sont liées à l'exercice de la mission de conseil d'avocat, notamment en termes de confiance et de caractère *intuitu personae* du lien. On se trouverait dans une sorte de système intermédiaire de liberté auto-encadrée sur-mesure.

Il reste un troisième scénario qui serait, en réalité, la transposition, générale, en droit de la situation, partielle (8), en fait, du scénario précédent. Il s'agirait pour le législateur de prendre une initiative distincte de celle consistant à maintenir la désignation des services de représentation en justice et de conseil juridique, dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics. Cette initiative conduirait à l'adoption d'un régime « spécial » formalisant et adaptant certains principes du droit des contrats administratifs à la désignation par les pouvoirs publics de leurs avocats.

3. Si l'on tente, dans les pages qui suivent, de développer quelques idées susceptibles d'appuyer ce troisième scénario, c'est parce que les deux premiers paraissent présenter des faiblesses majeures.

Pour le premier, l'absence de tout cadre contraignant résiste mal aux exigences de transparence, de non-discrimination, de concurrence loyale ou encore de bonne administration. Une libéralisation complète, si elle ramène l'important facteur « confiance » au centre du jeu, peut-elle pour autant en faire le fondement exclusif de la relation entre une autorité et son avocat ? Ceci présente le risque évident de ramener des foyers de clientélisme « politique » dans le choix par les pouvoirs publics de leurs avocats ou, à tout le moins, de laisser subsister de constantes suspicions en termes d'apparence de choix partisans. Et l'on écrit cela sans généralisation et sans procès d'intention.

S'agissant du deuxième, l'idée de laisser les meilleures pratiques en vigueur sous l'empire du droit antérieur continuer à imprégner le mode d'action des pouvoirs publics, là où la loi ne les y oblige pas est séduisante mais, par nature, incertaine. Elle risque aussi de créer des différences de traitement critiquables entre les pouvoirs publics « vertueux » et les autres, agissant pourtant aussi dans le respect du cadre légal... puisque de cadre, il n'y aurait plus. Bref, il est difficile de laisser « le fait » couvrir les failles laissés ouvertes par « le droit » ?

L'observation de la pratique, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993, et la doctrine, nombreuse et savante, s'étant intéressée au sujet ont démontré qu'il était très malaisé de plaider une application pleine, entière et approfondie de la réglementation sur les marchés publics à ce type de service (9). Mais la réponse qui doit être donnée au problème du caractère partiellement inapproprié d'une régulation approfondie n'est pas *ipso facto* l'absence de toute régulation et la liberté absolue dans le choix des prestataires de services. A juste titre, François Glansdorff et François Tulkens ont écrit qu'« en cette matière délicate, l'on est incapable de trouver la bonne formule, entre la trop grande liberté de choix et la privation de toute liberté de choix. Toutes deux peuvent aboutir à des choix aussi bien adéquats qu'inadéquats ! » (10). En ce sens, le droit européen pourrait donc constituer une opportunité, celle de mettre en place un régime minimal de mise en concurrence allégé, flexible et soucieux de rencontrer au mieux les exigences du principe de confiance ou encore des contingences d'urgence et de respect du secret professionnel.

L'on abordera successivement les principaux éléments qui plaident en faveur de la mise en place d'un tel régime *ad hoc* (I.), certaines réponses susceptibles de rencontrer

les arguments, non sans fondement, généralement avancés par les partisans d'un retour pur et simple à la liberté de choix (II.), avant de lancer quelques pistes quant au contenu de ce régime juridique *ad hoc* qui serait à inventer (III.).

I. Éléments plaidant en faveur d'une objectivation minimale de la désignation des avocats par les pouvoirs publics

4. Sans prétention à l'exhaustivité, quatre arguments au moins sont susceptibles d'appuyer l'idée de la mise en place d'un régime juridique allégé et sur mesure organisant les procédures de désignation par les pouvoirs publics des cabinets d'avocats avec lesquels, au contentieux et en matière de conseil ils entendent collaborer.

Ils ont trait respectivement à la gestion des finances publiques, au respect des règles d'impartialité et d'objectivité, du principe de concurrence loyale ainsi qu'à l'impact sur le développement de standards de qualité par les cabinets spécialisés.

5. L'on mettra d'abord en avant l'objectif fondamental, et pas seulement en période d'austérité budgétaire, de la **gestion financière optimale des ressources publiques**.

Dès les premiers considérants des directives précitées du 26 février 2014, l'on rappelle que les marchés publics « *constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics* » (11). Le législateur européen de 2014 précise encore que les directives de 2004 sont ainsi « *révisées et modernisées pour accroître l'efficacité des dépenses publiques* » (12). Règle économique de base, dans le secteur public comme privé, la mise en concurrence est, en principe, garante d'un effet vertueux sur les prix d'une commande. En l'espèce, plus un cabinet d'avocats aura la main dans la fixation de ses conditions d'intervention, moins il aura tendance à en réduire la charge, celle-ci pesant au final sur les ressources publiques.

La récente affaire « Galant-Clifford Chance » qui a défrayé la chronique (13) a permis de tirer une leçon essentielle. La pratique par un cabinet d'avocats de conditions de tarification horaires largement supérieures à celles en vigueur habituellement avec les pouvoirs publics, combinée, d'une part, à d'importants volumes de prestations et, d'autre part, à l'absence de toute mise en concurrence préalable pose non seulement, en l'état du droit actuel, des problèmes de légalité mais aussi de vraies questions politiques et éthiques, spécialement lorsque la population subit de plein fouet les secousses de constantes politiques de rigueur budgétaire. Il en va de la bonne gouvernance des finances publiques, de l'image des institutions mais aussi de celle du barreau.

L'argument en réponse déjà entendu selon lequel la comparaison de certains budgets ministériels consacrés aux services juridiques entre la période antérieure et celle postérieure à l'application du droit des marchés publics démontrerait que les dépenses publiques n'auraient pas baissé depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993 paraît peu pertinente, tant les motifs de « consommation » de services juridiques n'ont cessé d'augmenter ces quinze dernières années, au regard de l'exercice de charges publiques toujours plus complexes et techniques.

Bien entendu, l'argument d'économie des finances publiques, qui est tout sauf corporatiste (14), n'est pas, loin de là, suffisant à assurer la qualité du service rendu. Il ne se suffit donc pas à lui-même. En écho à un élément sur lequel l'on reviendra, l'on partage l'avis de François Glansdorff et François Tulkens selon qui « *trop souvent, l'on voit en effet que les critères d'attribution ne sont en réalité fondés que sur le prix, à savoir le taux horaire ou le forfait proposé, sans que le service ne réponde pour autant à celui qu'on attend. Le responsable des achats sera sans doute heureux de payer moins à l'heure, mais celui du service juridique le sera moins si la qualité attendue n'est plus au rendez-vous* » (15).

6. Un deuxième argument souligne l'importance de **l'apparence**, à tout le moins, **d'impartialité et d'objectivité** dans le chef du pouvoir public, en s'appuyant notamment sur le principe de transparence administrative consacré par l'article 32 de la Constitution.

Benoît Cambier écrivait, de manière très pertinente, il y a quelques années, dans la présente revue, qu'il était au minimum nécessaire d'instaurer « *certaines garde-fous* » pour s'assurer que l'autorité « *désigne des avocats disposant d'une compétence avérée (expérience acquise, titre de spécialiste...) et que l'on exclue certaines dérives (incompatibilités, copinage,...)* » (16). L'auteur allait assez loin, dans le concret, en suggérant de veiller « *par exemple, à rendre publics la désignation des avocats et des tarifs pratiqués, voire des montants d'honoraires versés si ceux-ci dépassent certains seuils à déterminer afin d'éviter des honoraires 'exorbitants'* » (17).

Avec un système de libéralisation absolue de la désignation par les autorités administratives de leurs avocats, aucun de ces garde-fous, par nature, ne paraît assuré. Et l'on risque alors, dans une ère de suspicion envers les autorités publiques, particulièrement lorsqu'elles sont dirigées, directement ou indirectement, par des mandataires politiques, de conforter le poujadisme ambiant. Si la liberté la plus étendue est de mise pour la gestion et la constitution par l'avocat de sa clientèle privée, l'on doit éviter de laisser penser au citoyen que les avocats défendant l'intérêt général ont pu aller chercher leurs mandats directement dans l'arrière-cuisine des bureaux de partis, au sein d'une loge maçonnique, lors d'une réunion de prière ou encore dans les parties de golf ou en assistant à une rencontre de football avec les mandataires. Certes, une fois encore, un régime minimal de mise en concurrence n'élimine pas ce risque mais il tend au moins à le diluer.

7. Le troisième atout du maintien d'un mécanisme de réglementation et de « *procéduralisation* », même relativement léger, encadrant le processus de désignation par les autorités administratives de leurs avocats concerne la profession elle-même.

Il est important de permettre le respect, à tout le moins en termes de tendance générale, d'un traitement équitable ou équilibré des différents cabinets travaillant, avec un niveau de qualité reconnu, pour les pouvoirs publics. Autrement dit, il est essentiel de favoriser **le respect d'une certaine loyauté de concurrence entre les cabinets de droit public**, en ce compris ceux qui se donnent les outils intellectuels, matériels et humains pour émerger.

Le droit des marchés publics, partiellement appliqué en l'espèce depuis une quinzaine d'années, a permis, malgré ses imperfections, à certains cabinets, en phase ascensionnelle en termes de renommée, sans terreau relationnel ou politique déterminant, de se développer et, si l'on ose recourir à la vilaine expression, d'acquérir des parts de marché, qu'il eût sans doute été plus compliqué d'obtenir dans un système de libre choix absolu pour l'autorité administrative.

8. Le quatrième élément à mettre en avant est le caractère professionnellement vertueux du système de mise en concurrence. **L'incitation à la spécialisation et à l'« excellence »** n'est-elle pas inhérente à la nécessité de pouvoir présenter des critères objectifs pour être le plus possible en ordre de bataille pour le dépôt des offres ?

Il conduit aussi les cabinets habituels ou potentiels collaborateurs des pouvoirs publics à systématiquement renforcer leur attrait objectif, sans se reposer sur leurs lauriers ou leur seul réseau relationnel.

II. Rencontre des principales objections opposées à la mise en place d'un régime d'objectivation minimale de la désignation des avocats par les pouvoirs publics

9. Le droit des marchés publics, on l'a écrit, est une cote particulièrement mal taillée, si on l'entend l'appliquer sans nuance à la désignation par les pouvoirs publics de leurs

avocats. Comme l'écrivait récemment Patrick Thiel, « *l'application quasi indistincte de la réglementation sur la commande publique emporte en effet la disparition d'un élément au cœur de la relation entre un avocat et son client : le caractère intuitu personae et son corollaire : la confiance entre les parties. La réglementation relative à la commande publique est, simplement, incapable de prendre cet aspect convenablement en considération* » (18).

Pourtant, en effectuant quelques retouches et en faisant preuve d'une créativité minimale, il reste possible de répondre, dans la majorité des cas, à la plupart des arguments généralement avancés pour contester le recours au droit des contrats administratifs dans ce secteur. Revenons rapidement sur quatre objections fréquemment avancées.

10. On vient de l'évoquer, il y a d'abord l'argument de la **nature intuitu personae de la relation entre l'autorité publique et son avocat**. Ou pour dire les choses autrement, la question de la **relation de confiance**. C'est un argument massue pour les adversaires de l'application de la réglementation sur les marchés publics, qui peut être ainsi résumé :

« *On peut se demander comment prendre en compte lors de l'analyse des candidatures et de la comparaison des offres et le traduire dans une motivation adéquate, un élément essentiel [...] des relations entre le client et son avocat, à savoir la confiance qui doit régir leurs relations en fonction des particularités du litige qui se profile ?* » (19).

On peut même écrire qu'il y a là un obstacle certain, et presque dirimant, à l'application aux marchés publics de désignation d'avocats des procédures ouvertes à large publicité, celles qui sont susceptibles d'amener un maximum de soumissionnaires qui sont souvent de parfaits inconnus aux yeux des autorités administratives à déposer une offre.

Ceci étant dit, le recours déjà systématique, car autorisé par la loi de du 15 juin 2006, à la procédure négociée sans publicité, permet de limiter cet important écueil. L'auteur des présentes lignes ne croit pas, sauf exceptions, à la théorie de « *l'avocat providentiel* » qui serait, *a priori*, le seul à pouvoir intervenir au nom d'un pouvoir public, tous ses autres confrères étant indignes ou moins dignes de la confiance. Par contre, le recours à une concurrence minimale dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité avec, le cas échéant, une limitation des soumissionnaires permet, bien entendu, au pouvoir public de s'adresser à des cabinets qui, *a priori*, et sous réserve d'ailleurs d'un examen de l'offre déposée, sont susceptibles de recueillir sa pleine confiance.

11. Le deuxième obstacle habituellement avancé est celui de la nécessité de **garantir la confidentialité a priori** lors du lancement d'une procédure de désignation d'un avocat par un pouvoir public sur les termes des enjeux d'un litige avéré ou potentiel.

Une fois encore, cette barrière ne paraît pas infranchissable, si l'on veut maintenir une mise en concurrence préalable minimale, et deux situations doivent être distinguées.

Aucun problème ne peut se poser dans le cadre des *marchés publics d'abonnements* qui, suivant une technique qui ressemble à celle des contrats-cadres, conduit un pouvoir public à désigner pour une matière ou un type de contentieux, de manière objective, générale et préalable, un cabinet d'avocats ou un pool de cabinets d'avocats au sein duquel on pourra puiser. La détermination de l'objet du marché, dans ce cadre, ne conduit nullement l'autorité administrative à rentrer dans l'intimité des devoirs qui seront, par la suite, confiés aux avocats concernés.

C'est évidemment un peu plus délicat lorsqu'il s'agit de recourir aux *marchés « one shot »* ou « *one case* ». Ceci étant dit, une fois encore, l'absence de nécessité légale d'une publicité et la possibilité d'effectuer un appel d'offres minimal relativement confidentiel est, en général, susceptible de réduire la difficulté.

12. Le troisième obstacle n'est pas mince et c'est même sans doute l'objection principale. Comment pouvoir énoncer des **critères d'attribution objectifs pertinents en dehors du critère du prix** ?

Sur ce point, pour lequel on renverra au dernier titre de la présente contribution, le chantier est vaste. Il apparaît, en effet, que trop souvent, ces dernières années, le critère du prix, généralement celui du taux horaire proposé, a pris une importance bien trop haute dans les motifs de choix de leurs avocats par les pouvoirs adjudicateurs. C'est sans doute au niveau de la mise en œuvre de critères susceptibles de donner au « mieux disant » une vraie et pertinente spécificité qui le détache du « moins disant » que la mise en place d'un régime *ad hoc* sortant du droit des marchés publics doit constituer une opportunité.

13. Enfin, et dans la continuité de l'argument précédent, le dernier élément litigieux qui, lui, nécessitera bien des débats et des arbitrages encore est la difficulté que représente le **critère du prix**. De manière schématique, c'est le seul critère d'attribution qui paraît aujourd'hui incontestable dans sa pratique et tout à fait objectivable. C'est un vrai élément d'appréciation et de comparaison des offres. Mais, malheureusement et comme on vient de l'écrire, étant le seul critère incontestable, il a pris une place excessive (20).

Si l'on veut, et l'on doit nécessairement le faire dans une perspective de respect des intérêts financiers des pouvoirs publics, conserver une place certaine au critère du prix, l'on devra fixer, pour sa mise en œuvre, un certain nombre de balises et de garde-fous, pour lesquels l'implication des Ordres pourrait être bien nécessaire. Tenant compte des difficultés rencontrées par le passé, il s'agira, schématiquement, de tenter de se prémunir des prix anormalement bas, de mettre en place les balises concurrentielles évitant, au contraire, les tarifs anormalement élevés et, comme on vient de l'écrire, de diluer l'importance du prix parmi d'autres critères de comparaison qualitative des offres.

III. Premières pistes exploratoires pour nourrir un régime sur-mesure d'objectivation minimale de la désignation des avocats par les pouvoirs publics

14. Si, comme on le pressent, le législateur décidait de retirer l'essentiel des services de représentation en justice et de conseil juridique pré- ou para-contentieux du champ d'application de la réglementation sur les marchés publics et si, dans le même temps, des doutes existaient que la liberté ainsi rendue aux pouvoirs publics puisse conduire aux solutions les plus vertueuses, il resterait, bien entendu, à « réinventer » un droit, même embryonnaire, de la désignation par les pouvoirs publics de leurs avocats.

Les présentes dernières lignes n'ont pas d'autre ambition que de livrer quelques premières pistes de réflexion, utiles dans l'hypothèse où une modification réglementaire s'envisagerait dans le sens ici plaidé. En termes de contenu de cet éventuel régime « sur-mesure », qui laisserait de côté les exigences formalistes non adaptées du droit des marchés publics *sensu stricto*, on évoquera brièvement le mode de procédure et la nécessité d'un choix adapté des soumissionnaires, la problématique des prix et celle des critères de comparaison des offres distincts de celui du prix de la prestation.

15. La pratique a trop fréquemment démontré que le recours à des procédures ouvertes, en suivant avec plus ou moins de latitude, les exigences de la réglementation sur les marchés publics (21), conduisait le pouvoir adjudicateur à devoir sélectionner des cabinets d'avocats qu'il ne connaissait pas ou peu, notamment parce que, à défaut de critères de sélection « couperet » et de critères d'attribution matériels opérationnels, le prix proposé imposait en quelque sorte le choix de l'avocat adjudicataire. Cette situation est évidemment en contrariété absolue avec les importantes valeurs de *l'intuitu personae* et de la confiance, inhérentes à la relation entre un avocat et son client.

Pour ces motifs, l'on privilégiera, chaque fois que cela est possible, le recours à un **mode d'attribution** proche de la procédure négociée sans publicité en droit des marchés publics, autorisant le pouvoir adjudicateur à pré-sélectionner, en connaissance de cause, les quelques cabinets avec lesquels il entend travailler. Dans bon nombre de cas, en effet, il paraît imaginable que le pouvoir public pré-identifie, par le biais d'un contact préalable ou sur la base de la notoriété des relations antérieures, les cabinets avec lesquels une confiance présumée sera rencontrée.

L'on peut même imaginer, avec un régime *ad hoc*, que, dans des circonstances tout à fait particulières, l'urgence ou une conception spécifique des exigences en termes de « confiance » permettent, sur la base d'une décision motivée, à l'autorité publique de se dispenser de cette consultation minimale préalable.

Il reste que, dans un certain nombre d'hypothèses, l'autorité administrative, notamment lorsqu'il s'agit des départements généraux (22) peut souhaiter, comme la pratique actuelle dans le cadre du droit des marchés publics en atteste, travailler sur une base plus large, s'agissant notamment de contrats d'abonnement avec les avocats, en publiant par exemple un avis ou en consultant une fourchette relativement étendue de soumissionnaires potentiels. Dans ce cas, la pré-détermination du critère de confiance permettant d'optimiser la nature *intuitu personae* de la relation entre l'avocat et son client pouvoir public est évidemment plus difficile à rencontrer. Il s'agira alors de disposer de critères de sélection sérieux permettant, en définitive, au pouvoir public d'opérer un choix entre des cabinets *a priori* dignes de confiance. A ce sujet, comme l'écrit, Jean Bourtembourg, Avocats.be, « *s'est préoccupé, à juste titre, de réglementer le port du titre de spécialiste. Cette réglementation mériterait d'être mieux connue. Elle mériterait aussi d'être revue pour en assurer une application uniforme* » (23). Il est fondamental de redonner du crédit, de la légitimité et donc de l'uniformité à la désignation des titres de spécialiste, accordés aujourd'hui par les ordres locaux sur la base du règlement qui vient d'être évoqué (24). S'agissant spécifiquement de la question de la relation avec une clientèle d'autorités administratives, la reconnaissance du titre de spécialiste devrait, avec le temps, devenir un pré-requis à la sélection pour pouvoir remettre une offre, en fonction de la matière concernée. En ce qui concerne la pratique, majoritaire mais pas exclusive avec les pouvoirs publics, du droit public, constitutionnel et administratif, il est important aussi que les reconnaissances comme spécialiste puissent porter soit sur le droit public, en général, soit sur l'une et/ou l'autre des différentes matières composant ce vaste secteur juridique. Les reconnaissances aujourd'hui ouvertes individuellement aux avocats pourraient en plus être octroyées par cabinets voire même pour des groupements d'avocats ou de cabinets. Peut-être serait-il utile notamment de réfléchir, avec prudence et toutes proportions gardées, à ce que pourrait inspirer la réglementation sur l'agrégation des entrepreneurs de travaux.

16. Un autre vaste chantier de réflexion s'agissant de la mise en place d'un régime spécifique, formalisé mais allégé, pour la désignation par les autorités administratives de leurs avocats concerne, bien entendu, la problématique du **prix de la prestation de service**.

L'on sait que le forfait, principe de base en matière de marchés publics, est souvent mal adapté aux prestations de représentation en justice voire de consultation juridique, tenant compte de la difficulté d'apprécier en amont le volume de travail requis. Ceci explique qu'en règle générale, dans le régime actuel, la plupart des marchés publics des services d'avocats sont passés à bordereau de prix sur la base d'un tarif horaire.

Ceci implique que, sans balises spécifiques, le taux horaire proposé peut ne pas être nécessairement représentatif du coût réel de la prestation, si l'avocat peut facturer librement le nombre d'heures annoncé. Entre le forfait mal adapté et la pratique libre (en termes de nombre d'heure facturées) du taux horaire le plus compétitif, peut-être est-il envisageable de réfléchir à des formules mixtes ou intermédiaires.

L'on songe notamment à des contrats de collaboration avec l'administration, notamment lorsqu'il s'agit de travaux de consultance de grande ampleur, qui sont octroyés sur la base d'un tarif horaire mais à l'intérieur d'une enveloppe budgétaire préalablement fixée, ce qui conduit à devoir renouveler le contrat, lorsque le plafond est dépassé, et permet un meilleur contrôle du volume des prestations. Sur ce point également, l'on doit songer aux difficultés révélées par l'affaire Galant-Clifford Chance évoquée *supra*.

L'on pourrait aussi considérer que l'estimation du volume de travail est requise, sans nécessairement lier intégralement l'avocat soumissionnaire mais que le volume estimé fait partie des critères d'attribution, aux côtés du taux horaire, avec un verrou en cas de dépassement trop large.

L'on peut également envisager de travailler avec des montants de référence, préalablement déterminés par le pouvoir public, comme c'est le cas dans la plupart des marchés publics, constituant à tout le moins une sorte de garde-fou moral dans le chef du soumissionnaire de ne pas, sauf circonstance particulière justifiable, trop s'en écarter lors des facturations intermédiaires ou finales.

17. Autre problème lié à la tarification des prestations, c'est celui de la « normalité » des prix proposés.

Révélee par l'affaire largement médiatisée, qui vient d'être à nouveau évoquée, l'on retrouve d'abord la difficulté des tarifs « anormalement élevés ». Lorsqu'il s'agit, pour un pouvoir public, de recourir, pour des problématiques extrêmement ciblées à un service ultra-spécialisé, il ne peut *a priori* être exclu que le prestataire de service choisi intervienne avec des conditions parfois substantiellement plus élevées que la moyenne du benchmark. Il reste, et ce fut l'un des problèmes majeurs dans l'affaire Clifford Chance-Galant, que ceci n'est acceptable qu'à condition que le pouvoir public ait tenté préalablement une mise en concurrence avec d'autres cabinets de même qualité présumée, sans laisser la main aux cabinets d'avocats choisis pour fixer d'autorité leurs propres conditions d'intervention.

A l'autre extrême, se pose encore la question des prix anormalement bas, par rapport à laquelle Éric Maron avait écrit des choses très intéressantes dans une précédent numéro de *Publicum* consacré à ce thème (25). La réflexion sur ce point est délicate, le recours aux outils existant en droit des marchés publics paraissant insatisfaisant.

Est-il imaginable de fixer, dans une législation qui mettrait en place un régime *ad hoc*, un mécanisme de contrôle des tarifs anormalement bas, qui soit plus affûté que ce qui existe en droit des marchés publics ? Ne pourrait-on pas imaginer ouvrir un champ de communication formel entre les pouvoirs publics et les Ordres des avocats, pour pouvoir interpellier les autorités ordinales sur le caractère anormalement bas d'un tarif proposé, au regard d'une prestation commandée ?

Il y a là beaucoup de questions délicates à envisager et un champ d'action qui implique, certainement, de réfléchir à la mise en place de règles mais aussi, pour les avocats, de balayer devant leur porte, et de rappeler notamment à la profession certains principes figurant dans le Code judiciaire, dans le Code de droit économique et dans les règles déontologiques en lien avec l'interdiction de principe du travail à perte.

18. Le dernier volet substantiel de la réflexion, déjà ébauché dans les pages qui précèdent, concerne, quadrature du cercle, la **détermination des critères d'attribution « de fond »** qui permettront de comparer les propositions des différents cabinets d'avocats sur une autre base que le seul prix pratiqué.

Dans l'esprit des directives de 2014, qui par hypothèse ne s'appliqueraient plus aux prestations de services d'avocats, il est temps de pouvoir jeter un pont important entre l'expérience et les références utilisés, à ce jour, en principe comme critère de sélection

qualitative et la valorisation de ces éléments, d'une manière ou d'une autre, au titre de critère d'attribution (26).

Pour dépasser les traditionnels critères, intéressants mais très imparfaits, de la méthodologie organisationnelle et de la méthodologie relationnelle (27), l'on devrait réfléchir à la meilleure possibilité d'objectiver des éléments attestant de l'expérience, de divers suppléments d'âmes en termes de formation ou de qualification, de la composition du cabinet et de sa qualité, de ses liens avec les activités scientifiques dans la matière concernée, des références en termes de dossiers déjà traités.

La confiance est essentielle dans la relation avec un client, un pouvoir public comme un autre, mais dans un tel cadre, il existe, sauf situation particulière, diverses possibilités de l'objectiver et, le cas échéant, de la comparer.

19. On le voit, si, comme le laisse croire une lecture de plus en plus avisée dans les astres, la réglementation sur les marchés publics et la désignation par les autorités administratives de leurs avocats se tournent le dos, la réflexion pour ceux qui craignent les effets non vertueux d'une liberté absolue en la matière, ouvre un champ extrêmement vaste. La créativité et l'opiniâtreté font parties des qualités premières des avocats. Il ne faut donc pas tarder, pour ceux auprès de qui les lignes qui précèdent ont recueilli une certaine adhésion, à se retrousser les manches...

Notes

- (1) Directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et Directive 2014/2/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. Pour l'essentiel des dispositions de ces deux directives, le délai de transposition est ouvert jusqu'au 18 avril 2016.
- (2) L'entrée en vigueur respective des lois du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services de celle et du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services a pris plusieurs années, dans l'attente de l'adoption des arrêtés d'exécution. On notera toutefois, sans encore connaître le choix précis que fera le législateur, que le retrait d'un type de services du champ d'application matériel de la réglementation sur les marchés publics n'implique pas, en principe, de mesure d'exécution complémentaire et pourrait entrer en vigueur rapidement.
- (3) Voy. not. L. JANS, « La loi du 24 décembre 1993 et les marchés publics de services d'avocats », *A.P.*, 2001, pp. 216-223.
- (4) Voy. J. BUËS, « La spécificité de l'avocat reconnue par le droit européen de la commande publique », *L'Observatoire de Bruxelles*, n° 97, juillet 2014. On notera que les directives de 2004 auraient déjà permis de largement d'assouplir les contraintes pour ce type de services mais que le législateur de 2006 n'a pas posé ce choix (voy. L. JANS, « Les marchés publics de services juridiques et la déontologie des avocats à l'aune de la loi du 15 juin 2006 », *C.D.P.K.*, 2013, pp. 374-397).
- (5) Tous ceux, concernant en gros la représentation en justice au sens le plus large et le conseil juridique présentant un lien avec le contentieux, dont le montant du coût de la prestation est estimé inférieur à 750.000 € pour les secteurs classiques (article 4 de la Directive 2014/24/UE précitée) et 1.000.000 € pour les secteurs spéciaux (article 16 de la Directive 2014/25/UE précitée). Voy. l'exposé d'E. GILLET, supra pp. 2-5.

- (6) Tous ceux qui n'entrent pas dans la catégorie précédente et dont le montant estimé est supérieur à 750.000 € pour les secteurs classiques (articles 4 et 74 de la Directive 2014/24/UE précitée) et 1.000.000 € pour les secteurs spéciaux (articles 16 et 91 de la Directive 2014/25/UE précitée). Voy. l'exposé d'E. GILLET, supra pp. 2-5.
- (7) Nombreuses sont les occurrences dans le cadre légal actuel, au regard de l'enjeu estimé de la collaboration, où le pouvoir public est dispensé de la rédaction d'un cahier spécial des charges et peut se limiter à consulter préalablement quelques cabinets pour la remise d'une offre en forme simplifiée.
- (8) Puisqu'envisageable sur une simple base volontaire.
- (9) Voy., à titre tout à fait non exhaustif, P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, Bruxelles, Kluwer, 2014, pp. 204-223 ; V. THIRY, « Les marchés publics de services juridiques : nouvelle concurrence et déontologie », *C.D.P.K.*, 2010, p.p. 108 – 118 ; B. CAMBIER, « Critiques à propos de l'application de la législation sur les marchés publics de services 'd'avocats' », *Publicum*, n° 11, octobre 2010, pp. 2-4 ; J. BOURTEMBOURG, « Sélection qualitative, secret professionnel et références », *Publicum*, n° 11, octobre 2010, pp. 5-11.
- (10) Fr. GLANSORFF et Fr. TULKENS, « L'avocat est-il toujours librement choisi ? », in *Georges-Albert Dal : l'avocat. Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 443.
- (11) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, considérant (2) et Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, considérant (4).
- (12) *Ibidem*.
- (13) Voy. not., parmi des centaines d'articles de presse, V. LAMQUIN, « Affaire Galant : de nombreuses questions subsistent », *Le Soir*, 10 et 11 novembre 2015 ; « Galantgate : des tarifs 'tout à fait inhabituels' pratiqués par Clifford Chance ? », RTBF info, 30 octobre 2015, http://www.rtbf.be/info/belgique/detail_galantgate-des-tarifs-tout-a-fait-inhabituels-pratiqués-par-clifford-chance?id=9123403. Voy. aussi les comptes-rendus intégraux des réunions consacrées au sujet en commission de l'infrastructure, des communications et des entreprises publiques de la Chambre des représentants les 28 octobre et 10 novembre 2015 (Doc. parl., Ch. repr., sess. 2015-2016, CRIV 54 COM 260, pp. 1 – 15, CRIV 54 COM 262, pp. 1-32 et CRIV 54 COM 263, pp. 1-31).
- (14) Même si l'avocat, en sa qualité d'acteur essentiel du service public de la justice doit constater que des dépenses publiques trop élevées dans les frais d'avocats ... c'est aussi moins d'argent pour l'aide juridique, pour la résorption de l'arriéré judiciaire ou pour la tenue d'une justice de qualité.
- (15) Fr. GLANSORFF et Fr. TULKENS, *op. cit.*, p. 443.
- (16) B. CAMBIER, *op. cit.*, p. 4.
- (17) *Ibidem*.
- (18) P. THIEL, « Vers une nouvelle réglementation de la commande publique », I.F.E., Le blog du secteur public, septembre 2015, <http://secteurpublic.ifebenelux.com/2015/07/20/vers-une-nouvelle-reglementation-de-la-commande-publique/>
- (19) P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, *op. cit.*, p. 216.
- (20) Voir F. GLANSORFF et F. TULKENS, *op. cit.*, p. 443.
- (21) Notamment pour des marchés de consultance à gros enjeux présumés (en termes de volume de prestations) ou pour des marchés d'abonnement au contentieux.
- (22) Services publics fédéraux, régionaux ou communautaires.
- (23) J. BOURTEMBOURG, *op. cit.*, p. 6.
- (24) Voy. le chapitre 7 du Titre 4 du Code de déontologie d'Avocats.be
- (25) E. MARON, « Les marchés publics de services d'avocats : la problématique des prix anormaux : "Venez chez moi : moins cher, c'est illégal !" », *Publicum*, n° 11, octobre 2010, pp. 12-17.
- (26) Voy. P. THIEL, « Vers une nouvelle réglementation de la commande publique », *ibidem*.
- (27) Voy. P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, *op. cit.*, p. 218.

FAUT-IL JETER LE BÉBÉ AVEC L'EAU DU BAIN ? (par Benoit CAMBIER)

Tant au niveau européen que belge, les autorités publiques semblent avoir entendu les critiques dirigées contre l'application de la législation sur les marchés publics aux « services d'avocats ». Plus prosaïquement, je crains qu'ils aient été plus sensibles aux conséquences qu'ils ont eu à subir d'une décision prise bien à la légère de croire que le « service d'avocat » était un service comme un autre.

1. On rappellera que les critiques étaient principalement axées sur :
 - a. La relation de confiance indispensable qui doit exister entre le client et son avocat. Cette relation ne va pas nécessairement de pair avec le choix de l'avocat « le moins cher ».
 - b. La nécessaire indépendance :
 - de l'avocat qui doit pouvoir conseiller utilement son client, y compris pour l'amener à accepter une solution amiable, sans que le client puisse craindre que son conseil cherche à se débarrasser d'un dossier non rentable ;
 - du client qui doit pouvoir changer d'avocat librement, sans indemnité, lorsque celui-ci n'a plus toute sa confiance, ce qui est peu conciliable avec la législation sur les marchés publics ;
 - la difficulté de décrire de manière précise l'objet du marché dans un cahier spécial des charges qui va être distribué à un certain nombre d'avocats, dont l'un d'entre eux pourrait devenir l'adversaire de demain dans le même litige.
 - c. L'inadéquation de nombreuses règles régissant l'exécution d'un marché public avec le « service d'avocat ».
2. A présent, le droit européen a prévu de ne plus soumettre à la législation sur les marchés publics les prestations d'avocats, du moins celles qui tournent autour de la défense ou de la prévention de celle-ci (consultation). Le droit belge devrait lui emboîter le pas très prochainement.
3. Cela étant, faut-il jeter le bébé avec l'eau du bain ? Ne voit-on pas qu'en rendant applicable la législation sur les marchés publics aux services d'avocats, on avait apporté une mauvaise réponse à une vraie question. Peut-on admettre, sans réserve, ni limite, que le choix de l'avocat, en toute matière et à tout niveau de pouvoir, puisse se faire de manière totalement discrétionnaire, voire discriminatoire et opaque, au gré des copinages politiques ou autres ? Faut-il passer d'un extrême à l'autre ?

L'actualité s'est chargée d'illustrer cette crainte à propos de deux marchés juridiques récents et très importants. Dans l'un deux, la Ministre a cru qu'elle pouvait anticiper sur la transposition des nouvelles règles. C'est dire son empressement à se libérer de toute contrainte.

C'est pourquoi je voudrais formuler ci-après quelques observations et suggestions.

- a. Les pouvoirs publics comme les particuliers conservent la liberté de se rendre volontairement applicable tout ou partie de la législation sur les marchés publics lorsqu'ils entendent choisir un prestataire de services.



b. Tous les services juridiques n'échappent pas à l'application de la législation sur les marchés publics, même si les contraintes sont allégées (cfr. supra l'exposé d'Eric GILLET).

c. L'intensité du lien de confiance et du caractère « *intuitu personae* » paraît pouvoir être appréciée différemment selon :

1° Le niveau de pouvoir :

La relation entre le client et l'avocat n'est pas la même au niveau d'un ministère important ou d'une petite commune ou CPAS.

Il est vrai qu'il se peut que, dans certains dossiers, même un département ministériel ait besoin d'un niveau de confiance important pour certaines consultations ou litiges délicats. Pour préserver cette possibilité, on pourrait prévoir que la désignation de l'avocat intervienne, en ce cas, par le cabinet du ministre et sur le budget du cabinet.

2° Selon le rôle de l'avocat et le type de contentieux :

Le besoin de confiance n'est pas le même lorsqu'il s'agit de récupération de créances, de taxes, redevances,... ou autres contentieux répétitifs ou, encore, lorsque le principal du travail est accompli par les services mêmes de l'administration et où l'avocat n'a guère le rôle que de plaideur.

Dans ces cas, une mise en concurrence paraît plus aisée et plus justifiée.

d. Que l'on soit dans un cas où l'application sur les marchés publics s'impose ou dans un cas où l'autorité s'y est librement soumise, le problème le plus épineux est généralement celui de la pondération et de la comparaison des tarifs. En effet, il va de soi que comparer le taux du tarif horaire n'a pas de sens et rate son objectif de sélectionner celui qui sera réellement le moins onéreux. En effet, avec un tarif horaire, **tout dépend du nombre d'heures prestées**. De plus, le tarif horaire ne donne guère de garantie quant à la qualité du travail.

Plusieurs pistes paraissent pouvoir être évoquées pour mieux encadrer l'appréciation de ce critère :

- écarter celui qui a présenté le tarif horaire le plus bas et le plus élevé ;
- faire la moyenne des autres et classer ceux-ci en donnant le maximum de points (prévus pour le tarif horaire) à celui qui se rapproche le plus de la moyenne et retirer des points à due proportion aux autres en fonction de leur écart par rapport au prix moyen (1) ;
- nombre d'heures : prévoir une fourchette d'heures par écrit de procédure, en prévoyant que la fourchette ne peut pas dépasser un certain pourcentage (30 %, 40 %, 50 %...) et opérer un classement unique par rapport au critère prix en tenant compte et du tarif horaire et du milieu de la fourchette d'heures de chacun.

(1) On relèvera toutefois que, dans un arrêt n°158.316 du 4 mai 2006, le Conseil d'Etat a considéré que « *prima facie* » pareille méthode ne permettait pas de dégager l'offre économique la plus avantageuse. Le Conseil d'Etat relève que si le pouvoir adjudicateur entendait de la sorte « *s'écarter du critère du prix le plus bas, elle devait (à tout le moins) indiquer les raisons d'un tel choix eu égard aux et en bien avec les spécificités du marché en cause* ». Ne pourrait-on, dès lors, invoquer les spécificités du métier d'avocat et la difficulté de déterminer, apprécier et contrôler le nombre d'heures prestées et, plus encore, leur pertinence, pour justifier ce mécanisme dérogatoire ?

e. Renforcer le rôle des autorités ordinales :

1° A l'heure actuelle, les spécialisations ne sont guère encadrées et donnent lieu à des appréciations éminemment variables de barreau à barreau. Ne serait-il pas utile et nécessaire d'assurer une uniformisation au niveau de l'OBFG d'une part et de l'OVV d'autre part pour que la spécialisation, au moins en droit public, fasse l'objet d'un véritable contrôle ?

2° Certains pouvoirs adjudicateurs demandent de produire des attestations concernant d'autres marchés obtenus et exécutés par les bureaux d'avocats voulant faire offre.

Cette exigence a fait l'objet d'adaptations des règles déontologiques mais ces adaptations restent problématiques pour au moins trois raisons :

- Le secret professionnel est consacré et sanctionné par le Code pénal et il est généralement admis que l'identité d'un patient ou d'un client est couverte par le secret professionnel. Les règles déontologiques ne peuvent pas déroger au Code pénal.
- Comment l'avocat peut-il conserver son indépendance à l'égard du client s'il doit pouvoir obtenir de ce dernier une attestation ? Ce n'est plus l'avocat qui rend service mais le client qui rend service à l'avocat.
- Comment le client peut-il refuser une attestation en sachant que son conseil doit continuer à le défendre dans d'autres dossiers et/ou détient des informations confidentielles à son sujet ?

Ce mécanisme étant donc particulièrement malsain, ne serait-il pas possible de prévoir que le bureau d'avocats qui entend faire offre s'adresse à son bâtonnier en indiquant à celui-ci le nombre d'affaires et de dossiers qu'il a traités récemment dans la même matière pour obtenir du bâtonnier une attestation en termes généraux.

f. Transparence et déontologie

1° A plusieurs reprises, les médias ont dénoncé des cas d'intervention d'avocats, soit pour des pouvoirs publics, soit pour des privés contre des pouvoirs publics, en raison de la proximité de ces conseils avec l'un ou l'autre parti politique, ministre ou autres.

Il s'agit assurément là d'un vrai problème auquel il conviendrait de pouvoir apporter une vraie réponse. Celle-ci ne pourrait venir que de l'adoption de règles déontologiques du barreau et/ou des mandataires politiques.

Est-il acceptable qu'un bureau d'avocats comptant en son sein un homme politique puisse se faire désigner par divers niveaux de pouvoir ou intervenir contre eux ? N'y a-t-il pas à craindre une confusion des genres ? Un éventuel empêchement ne devrait-il pas être étendu à l'ensemble du cabinet, même si l'homme politique a suspendu sa participation au bureau d'avocats ?

Le malaise peut également être étendu à d'autres hypothèses.

Le chantier est large et délicat. Mais faudra-t-il attendre un scandale pour s'y attarder ?

2° Peut-on envisager d'assurer une certaine publicité sur l'identité des avocats désignés par les pouvoirs publics, le montant total annuel des honoraires perçus,...

* *
*

Tous ces problèmes sont bien réels et il serait présomptueux de croire pouvoir y répondre en quelques lignes. Puissent toutefois celles-ci conduire l'une ou l'autre autorité à prendre les problèmes à bras le corps.

Tout ce qui précède n'engage que moi.

